

RECONSTRUÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA

Reconstrução da dogmática jurídica é tarefa teórica, de gabinete, a que se entregam, de modo particular, juristas ligados ao magistério universitário. Tarefa teórica e, pois, com linha metodológica específica, distinta da linha metodológica dos que, por suas funções, trabalham diretamente com o direito, criando-o e recriando-o no próprio gesto operacional.

Referida especificidade metodológica não implica, no entanto, isolamento ou independência da prática formal ou informal do direito. Bem ao reverso, e justamente por reconhecer-lhe primazia e autenticidade, curva-se à evidência de sua força normativa para com ela compor, se for o caso, a imagem caleidoscópica daí resultante.

Essa imagem caleidoscópica suscita, de retorno, indagações novas, questionando o inquestionável e indicando nas entrelinhas possibilidades explicativas menos superficiais, ajustadas de um só golpe ao processo de conhecimento e às facetas ocultas de uma realidade que, aos poucos, se desvenda.

Ora, se emergem novas realidades; se tonalidades até então desconhecidas passam a integrar a paisagem do direito; se outros fatos, reinterpretados, ganham conotações conflitantes com fantasiosas e acanhadas doutrinas e escolas jurídicas, de qualquer ideologia; se o que

JOÃO JOSÉ CALDEIRA
BASTOS

MESTRE EM DIREITO PELO
CPGD/ UFSC; PROFESSOR NO
CPGD/UFSC)

se procura, em suma, já se apresenta, na volta, diversificado e transfigurado, igualmente diversificada e transfigurada, sobretudo em termos de crescente conexão e interdependência, há de revestir-se a metodologia de aferição e compreensão do fenômeno, ainda que parcialmente percebido.

Que nos sirvam de referência o direito penal e sua dogmática, recentemente redespertada pela publicação da nova Parte Geral do Código de 1940 (Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984).

1. *Lei como fonte do direito*

Lei não é sinônimo de direito. Lei é projeto de direito, ou pouco mais que isso, nada impedindo que em direito facilmente se transforme, a cada fração de segundo, por força de subjacente — e sólida — ideologia social de sustentação.

Redigida, porém, em linguagem natural, o que a reveste de traços incontestáveis de vagueza e ambigüidade, acaba permitindo, mesmo a contragosto, que sirva de roteiro a soluções divergentes e antagônicas, selando em definitivo o destino e o cerne do próprio direito. A presença do intérprete, agente do direito concreto, personaliza com seu toque mágico a mensagem padronizada de um legislador literalmente incapacitado a modelar comportamentos humanos. E direito é comportamento humano, a implicar e a direcionar, de uma vez por todas, como fato objetivamente normativo e essencialmente contraditório, uma correspondente visão teórica liberta de premissas ideológicas descompromissadas com a verdade.

Claro, também a verdade necessita de um intérprete, de alguém que a aponte ou esclareça à luz de categorias teóricas igualmente personalizadas; mas nem por isso se há de negar a implícita capacidade humana de intercomunicação de idéias, valores e sentimentos.

Essas idéias, valores e sentimentos, uma vez extraídos do comportamento do homem, melhor ainda, do próprio especialista, do jurista profissional, do doutrinador, do jusfilósofo, da autoridade pública, do empresário, do chefe de família — do homem em geral, no seu agir em comunidade — essas idéias, valores e sentimentos terminam por indicar, em si e por si, a impossibilidade lógica de um direito único e uniformizado, a que se contrapõe, com limpidez, a imagem real e multifacetária de um direito, em seu todo, conflituoso e conflitante por natureza.

Até aqui, pois, uma simples constatação.

2. Teorias dogmáticas

E aqui começa, lamentavelmente, a *via crucis* do penalista convencido da inutilidade pedagógica de teorias dogmáticas relativas, por exemplo, à estrutura jurídica do crime,

As teorias dogmáticas, tal como ocorre com a música indumentária, maneira de falar, ou regras de etiqueta, só encontram validade em si mesmas, não passando de modismos impostos quase coativamente pela sistema de produção e circulação de idéias jurídico-penais por sinal alienígenas, em face de subliminar convencimento de crônica e persistente ausência de massa cinzenta em solo brasileiro

Daí falarmos, aqui, em *via crucis*. Nenhuma reconstrução dogmática se fará neste país, na área jurídico-penal, enquanto se estreitar um vínculo de dependência absolutamente desnecessário e profundamente desgastante sob todos os aspectos, inclusive no que concerne à incrível perda de tempo no estudo e dissecação de propostas teóricas dissociadas do homem e divorciadas de conteúdo, o que já seria suficiente para chamar a atenção acerca de sua visceral inutilidade.

O que pode e deve ser importado, isto sim, para confronto e para debate, são experiências concretas reputadas vitoriosas à luz de nossa própria ideologia, de nossas tradições, de nossa visão cultural, de nossas carências, de nosso próprio devir. E, depois, se o que conta no direito são as circunstâncias de momento e as reais potencialidades de quem age, quer sua concretude, só existe na potencialidade de quem age, quer espontaneamente, quer no exercício do poder; seu direito em sua concretude, só existe na ação e no gesto, ainda que milenarmente iguais e repetitivos em certos e determinados temas; se as limitações pessoais do intérprete, em termos de conhecimento e de caráter, ou de temperamento, aliadas ao conjunto fragmentado das várias ideologias do meio social, forjam, em verdade, o direito de cada dia, coincidente no mais das vezes com as instruções do legislador-imenso e colossal acervo de material jurídico, em suas conexões com o poder político, ou com as estruturas sócio-econômicas, como que reclama com urgência uma revisão da dogmática oficial, mas enganosa, para que transpareça na teoria a interação dialética dos próprios fenômenos, produto e processo dos homens e, não, de quem os descreve, ou pensa descrever.

Destarte, por maior que seja a importância do sistema utilizado na construção ou reconstrução dogmática do direito, é este, enquanto objeto, e como tal determinando, em princípio, a metodologia adequada; é este, o direito, nas suas manifestações e aparências, na sua especificidade, que há de nortear sua própria reconstituição formal e esquemática, no plano de ensino e da pesquisa.

Melhor, pois, do que na interação dialética dos fenômenos, que são singulares, únicos, irrepetíveis — por seu caráter histórico — se poderia então falar na interação dialética das premissas, como etapa preliminar de uma abordagem que, se peca pela simplificação, alcança a virtude de uma certa proximidade com o núcleo dinâmico dos fatos.

3. *Interação dialética das premissas*

O que pretendemos afirmar com a mencionada interação?

A premissa básica, sem favor algum, é a lei, pelo simples motivo de que, além de retratar, por si mesma, algum conteúdo valorativo, cujo respeito já implicaria uma sorte de justiça não desprezível (justiça formal), se vê reforçada pelo condicionamento ideológico e factual de soberania incontestável.

Inevitável, assim, o labor exegético, tomando-se o texto como ponto de partida de um processo que envolve, nada obstante, o domínio de teorias e práticas não escritas, quase sempre subentendidas pelo legislador. Interação já ocorre aí, no chamado plano técnico, e as regras de hermenêutica, destituídas de cientificidade e até contraditórias (por exemplo, legalidade e equidade; texto e espírito; argumento *a contrario* e argumento *a pari*) só não geram pânico no seio dos doutrinadores porque cada um se julga, no caso hipotético, de posse da solução correta.

Donde a retificação: lei como premissa básica, não há como contestar, mas apenas nos tópicos em que sua roupagem normativa permite fácil interpretação — zona de luminosidade do texto — conectada, por seu turno, a coincidência ideológica e liberdade e vontade de agir.

É que, no fundo, se se pretende ou se busca um real e efetivo denominador comum, no campo de atuação do direito penal, por exemplo, a ideologia social compartilhada, sobretudo onde se vislumbram regimes democráticos, se apresenta melhor com esse matiz. A ideologia de governantes e governados filtraria o bom, o

justo e o razoável dos textos legais para relegar, ao reverso, à inanição ou esquecimento, soluções preestabelecidas eventualmente iníquas ou despropositadas. As decisões *contra legem*, com ou sem ficções, bem a gosto dos juristas, se limitariam a temperar, sem traumatismos, a receita indigesta de normas culturalmente defasadas. Visível, aí, a cumplicidade do intérprete, operador do direito, cumplicidade que ocorre outras vezes na submissão a textos rígidos, petrificados, em detrimento de ideologia em ascensão, ainda não sedimentada.

Maior autonomia judicante ou administrativa já se revela bem mais rara, por falta de apoio retórico situado externamente, fora do sujeito. Decisão contra a lei, ainda que plena de boas intenções, exige altruísmo e forte personalidade se imune às idéias diluídas no meio social, de ordem ética ou valorativa. Aproxima-se, aliás, do próprio gesto revolucionário, embora de caráter singular, isolado, absorvido pelo sistema.

4 Ideologia social e personalidade do intérprete

Eis que exsurgem, explicitadas, as duas outras premissas: ideologia (social) e intérprete, que carrega consigo, este último, suas próprias idéias e valorações, seus gostos e preferências, sua inteligência e seu caráter — sua personalidade, em suma.

Não se pergunte ao réu se está interessado no texto da lei, ou nos valores sociais do momento. Ao réu lhe interessa a decisão de um juiz singular agente do poder e, pois, em condições de revelar a única regra jurídica — derivada, aliás, da lei, direta ou indiretamente — adaptável ao fato em julgamento. Em última instância, portanto, quando se examina o direito concreto, *sub judice*, a premissa básica é a personalidade do magistrado, o que não implica afirmar, por motivos óbvios, que sejam esquecidos os textos de lei e as ideologias em vigor, em termos de conteúdo valorativo.

Falamos em ideologias, no plural. E acrescentemos: também juízes. E até as próprias leis, comprovadamente impossibilitadas de integrar um sistema racional, isento de contradições técnicas e ideológicas.

Cabe, então, perguntar: quem reina, quem governa, quem comanda neste universo de alternâncias camaleonescas, de idas e recuos?

Ora, trata-se de matéria de fato, inatingível pela teoria. Esta se

cingiria, quando muito, a formular hipóteses e conjecturas alicerçadas na apreensão e domínio do processo dinâmico inerente à realidade normativa socialmente predeterminada. Até mesmo as leis e suas ideologias, assim como teorias ditas ontológicas, de prévia conformação lógico-estrutural do direito, perdem sua força normativo-persuasiva se está em jogo, acima de tudo, a expansibilidade de fatos impulsionados pelo poder de fogo de suas próprias baterias. E estas, possuindo história, se inserem sem alarde no processo mais amplo e global de interligação dos fenômenos.

Repita-se: trata-se de matéria de fato, a impor-se, em consequência, por si mesmo, com o detalhe de que o fato e suas baterias se situam na interação dialética *lei — agente — ideologia* que pode, então, ser projetada no tempo à custa de teoria tendencial inspirada em eventuais convergências desses fatores de sustentação jurídica.

Inútil, de qualquer forma, inverter o mecanismo de formação do direito. Já existe na face da Terra quem perceba o real significado da invocação retórica de argumentos, no fim das contas, irremediavelmente contraditórios, inconciliáveis. Qualquer apoio retórico — até mesmo, como é comum, o apoio da lei — é fruto de escolha, de opção, a eliminar alternativas de que outros se serviriam sem a menor cerimônia. A opção retórica do juiz catarinense não empeça a juridicidade embutida na orientação diversa do magistrado carioca.

A invocação retórica vem depois ou, no máximo, coincide com as premissas lógico-vivenciais, ou de valoração, de seu protagonista. Pode-se então falar, sem risco de grandes erros, de lenitivo psicológico, ou de racionalização, a nível de indivíduo; no plano social a palavra mais adequada é mistificação, ou acomodação ideológica, ou qualquer outra que lembre a importância das graxas e dos óleos, em certas engrenagens mecânicas, ou dos emolientes, nos processos inflamatórios do organismo. A “Pax Romana” bem que serve de exemplo, pela sabedoria dos que a propuseram e a subserviência, não raro interesseira, dos que lhe deram guarida. Não foram os Romanos os gênios imortais da Jurisprudência?

Como quer que seja, expurgados os exageros, e mesmo que de seu turno amparada por estratos mais profundos de duvidosa captação, no conjunto antagônico dos fatos singulares, há de reconhecer-se, na formação e construção do direito, a força subjacente e

preponderante de uma camada heterogênea de elementos sócio-culturais eventualmente amalgamados ou interligados, segundo as circunstâncias, o que nos parece indiscutível no campo do direito penal.

5. *Direito penal: teoria e prática*

Lei, ideologia e intérprete foram aqui citados, esquematicamente, como premissas fundamentais. Só merecem, porém, tal epíteto em suas recíprocas interações, em função do conteúdo proposto e das circunstâncias históricas. Isoladamente, como simples formas, perdem sua força normativa. São relegadas a segundo plano, ou utilizadas ficticiamente, como ocorre com as teorias penais.

As teorias penais de qualquer natureza: de cunho legal, individualizado, ou de caráter genérico e abstrato, ou ainda de bases ditas ontológicas — acabam na prática doutrinária ou na vida dos tribunais ilustrando a inversão há pouco referida. Seu demérito, em conseqüência, se torna agora manifesto: deixam na penumbra o que deveria, por amor à verdade, transparecer do trabalho de penosa reconstrução do direito em sua realidade factual.

Falando com mais clareza: as estruturas formais do crime fornecem subsídios alternativos para a elaboração contraditória do próprio direito. As discriminantes do delito (estado de necessidade, legítima defesa, exercício de direito ou cumprimento do dever) não passam de excelente abrigo retórico para quem projeta na decisão sua própria premissa ideológica, compartilhada, aliás, por alguma parcela do grupo comunitário. Liberdade de ação e vontade de agir, aglutinadas à ideologia do intérprete, modelam o direito que a estrutura do crime, por si mesma, se mostra incapaz de formular.

Vale a observação para as excludentes do tipo e da culpabilidade, por maior que tenha sido o esforço de modernização teórica em torno da natureza jurídica do crime. Não adianta nada, absolutamente nada (como se fez recentemente, com indisfarçável orgulho, em matéria de *erro*) contrabandear para o Código Penal sofisticadas classificações, estranhas a nossos hábitos mentais. A eliminação da dicotomia *erro de direito/erro de fato*, explicada, em parte, por sua implicação recíproca, para substituí-la pela tricotomia *erro de tipo/desconhecimento da lei/erro sobre a ilicitude* (arts.

20 e 21) se apresenta com ares de modernidade que não contestamos: é que, agora, vamos empregar uma gíria carregada nos erros, o que não deixa de ser interessante, e vamos dizer por outras vias o que a doutrina e a jurisprudência, com palavras antiquadas, já resolviam da mesmíssima forma.

Rios de tinta, palestras, conferências, reciclagem profissional... e para quê? Para o zero multiplicado por nada, afora a sensação de modernidade e progresso de que não participam, evidentemente, os penalistas de espírito crítico.

Ora, onde existe erro sobre a ilicitude do fato existe, igualmente, desconhecimento da lei. Não há crime sem lei. E a ilicitude, é claro, integra o delito. Desconhecer a ilicitude implica, pois, desconhecer a lei: é esta que, precisamente, se encarrega de compor dogmaticamente os elementos do crime.

Em resumo: como sempre, ou quase sempre, também na revolucionária matéria acena o legislador, em sua inocente candura, com distintos arsenais retóricos para o prevalecimento de direitos antagônicos... amparados por lei.

Não é à-toa que os exemplos ilustrativos das novas distinções escolásticas reinstauram a confusão onde se desejaria, ao menos, um certo apaziguamento dos espíritos.

E é claro que mais aumenta a confusão quando se constata a insuficiência coercitiva de textos legais incompatibilizados, de um lado, com a prática informal do direito e, de outro, com o revide intrinsecamente normativo dos que agem no exercício do poder.

6. *Dogmática jurídica: revisão crítica.*

Fundamental, pois, nos primeiros passos da revisão crítica do direito — e de sua dogmática — é a conscientização do processo real de “descoberta” das premissas, ainda mais que as centenas de teorias constantes do cardápio, além de incompatíveis entre si, são utilizadas, não raro, por descuido ou incompreensão de seu alcance, ou então propositadamente, a título de *ficção*. Apesar das aparências, elas não sustentam, em absoluto, o direito, traduzido no máximo simples apoio retórico de que se necessita socialmente para a justificação da conduta. A sociedade, como os indivíduos, parece acalantar, aos poucos, necessidades psicológicas de imprevisíveis resultados. Questão de sobrevivência. O neurótico jamais sobreviveria, enquanto neurótico, sem os variados mecanismos de defesa que recompõem, a seu modo, o equilíbrio homeostático da natureza humana.

Esse equilíbrio homeostático, apanágio, igualmente, do homem normal, pode ser obtido de outra forma, na tarefa de percepção do objeto e limites, da dogmática jurídica.

Dogmática jurídica é metalinguagem do direito, é jurisgrafia, é jurilogia, cumprindo-lhe reter em suas técnicas descritivas, explicativas e prospectivas o sumo ou essência dos fatos em suas recíprocas influências, em sua metamorfoses.

Compreende-se, com efeito, o desvalor dos discursos “ontológicos”: invocados para apoio retórico, subvertem o potencial crítico dos juristas se estes acreditam efetivamente em seu caráter científico, quando se sabe e se comprova, sem dificuldades, que a essência do *jurídico* é preconstituída pela ação, vontade e liberdade humanas. Leis e teorias não passam de instrumentos ocasionais e descartáveis de composição de uma realidade subjacente de cunho dinâmico, e que todavia os reclama, qual processo de racionalização revitalizante.

Só o futuro dirá se os juristas estão dispostos a manter as aparências, sinal de comodismo e de má fé, ou de romper, por instantes, um equilíbrio homeostático em débito com a verdade e em descompasso com a via alternativa da libertação.